

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

ATIVISMO E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Ana Maria do Nascimento Horvath

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

ATIVISMO E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Ana Maria do Nascimento Horvath

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP
2018

HORVATH, Ana Maria do Nascimento.
Ativismo e a Criação Judicial do Direito/ Ana Maria do
Nascimento Horvath: - Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio
Eufrásio de Toledo, 2018.

Nº de folhas: 60

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente –
SP, 2018

1. Ativismo Judicial. I. Criação Judicial do Direito e a
expansão do Poder Judiciário

ATIVISMO E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira.

Glauco Roberto Marques Moreira

(Orientador)

Rodrigo Lemos Arteiro

(Examinador)

Marcelo Agamenon Góes de Souza

(Examinador)

Presidente Prudente/SP, 07 de novembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente aos meus pais, a quem dedico inteiramente este trabalho, agradeço pelo amor e apoio incondicionais, por me priorizarem e por não medirem esforços para que eu pudesse alcançar cada uma das minhas conquistas. Agradeço também ao meu orientador Glauco Moreira Marques por seus ensinamentos, paciência e dedicação na realização deste trabalho, e por desde o início acreditar na minha capacidade.

RESUMO

O ativismo judicial é um fenômeno que vem sendo pauta de diversas discussões doutrinárias acerca de sua caracterização e legitimidade, este assunto se torna pertinente na medida em que o debate envolve questões extremamente controversas, como os limites da atividade jurisdicional, a constitucionalidade da expansão do Poder Judiciário, e a quebra de harmonia entre os três poderes. Este trabalho, portanto, pretende destrinchar as particularidades do tema buscando demonstrar que o ativismo é uma decorrência estrutural da construção da ordem jurídica, e que sua manifestação mediante parâmetros constitucionais não deve ser considerada uma ameaça aos valores democráticos. Para isso, são observados aspectos atinentes ao desenvolvimento da inter-relação do Poder Judiciário com os outros poderes, e a forma pela qual se operou o deslocamento do polo de tensão política do Poder Legislativo para o Judiciário. Por meio do método dedutivo, buscando apresentar um panorama completo sobre o ativismo judicial, utilizou-se principalmente da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Democracia. Direito Constitucional. Poder Judiciário. Constitucional Federal.

ABSTRACT

Judicial activism is a phenomenon that has been an important part of the debate over discussions about its nature and legitimacy, as it becomes relevant insofar as the debate involves extremely controversial issues, such as the limits of jurisdictional activity, the constitutionality of the expansion of judicial power, and breach of harmony between the three powers. The work, therefore, seeks to destroy the particularities of the theme seeking what is activism is a structural directive of the construction of the legal order, and that its manifestation through constitutional parameters should not be used as a requirement for democratic values. To this end, positive aspects are observed in the development of the judiciary policy with other powers, and a way in which the policy power of policy from the Legislative to the Judiciary is operated. Through the deductive method, seeking to present a complete picture on judicial activism, was used mainly the bibliographical and jurisprudential research.

Keywords: Judicial Activism. Democracy. Constitutional Right. Judicial Power. Federal Constitutional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL	10
2.1 Distinção entre Ativismo e Judicialização	15
2.2 Ativismo Judicial no Cenário Brasileiro.....	19
2.3 Fatores de Impulsão ao Ativismo Judicial	21
3 O PAPEL DO JUIZ NA CRIAÇÃO JUDICIAL	24
3.1 A Separação e Harmonia entre os Três Poderes	25
3.2 Sistema de Freios e Contrapesos	29
3.3 A Desneutralização do Poder Judiciário.....	31
4 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E AS DECISÕES INTERPRETATIVAS	35
4.1 Interpretação Conforme à Constituição	36
4.2 Declaração de Nulidade Parcial sem Redução de Texto	38
4.3 O Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional.....	40
5 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	45
5.1 O Papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988	46
5.2 Decisões Paradigmáticas: A Criação Judicial	49
5.3 O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial não é peculiaridade brasileira e se apresenta em nosso cenário jurídico como consequência da expansão do Poder Judiciário. Proveniente ainda de diversas condições e de dimensões multifacetadas, a questão que foi enfrentada ao se analisar os aspectos do ativismo se estendeu a vários pontos específicos de natureza institucional, social e política.

Tal fenômeno se justifica ao consideramos que para regular a sociedade, que se encontra em constante transformação, temos um ordenamento jurídico estático, há determinações concretas para um universo variável de possibilidades. Dessa forma, cabe ao intérprete e aplicador da lei realizar uma atividade de adequação, buscando a melhor solução ao caso que lhe é apresentado.

O panorama jurídico dos últimos anos vem sinalizando para a crescente ascensão do Poder Judiciário como poder político, assim todos os estigmas que pairavam sobre atividade jurisdicional estão sendo desconstruídos, levando-se conseqüentemente a expansão do Judiciário e a crescente liberdade na forma de se conduzir a jurisdição, desde que condicionada aos valores constitucionais.

Essas constatações nos levam necessariamente ao questionamento acerca da alçada do Poder Judiciário como um super poder, considerando sua função de conformação e fiscalização dos atos dos demais poderes ao conteúdo constitucional, bem como a problemática acerca da sua atuação como “legislador positivo”.

Movido por esses questionamentos, o presente estudo foi dirigido à análise do ativismo judicial, contextualizando este fenômeno na sistemática jurídica do ordenamento brasileiro, de modo a delinear a compreensão do ativismo à criação judicial do direito.

Assim, em um primeiro momento, analisamos os aspectos gerais do ativismo judicial, e para isso procedemos a conceituação do tema e a exposição dos fenômenos a ele correlatos, como a judicialização, o positivismo jurídico e o protagonismo judicial. Em seguida, buscando justificar a evolução do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, o exame se ateve às condições que favoreceram a atuação judiciária positiva, e as alterações institucionais que conduziram a crescente ampliação do exercício das funções jurisdicionais.

O terceiro capítulo tratou do desenvolvimento da relação do Poder Judiciário com os poderes Executivo e Legislativo, desmistificando a aplicação rígida da teoria da separação dos poderes, para demonstrar os fatores que levaram a expansão gradativa do poder decisório judicial.

O quarto capítulo abordará as formas pelas quais o Poder Judiciário contribuiu para a criação e construção do direito, com isso procuramos demonstrar como a imagem de “legislador negativo” foi superada pelo Judiciário através das técnicas interpretativas.

O quinto e último capítulo tratou do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, para isso foi realizado um transcurso histórico pela estrutura institucional do Supremo, evidenciando os acontecimentos que projetaram a imagem ativista do Tribunal, apresentando ainda, ao final, decisões que o consolidaram como órgão político responsável pela diminuir o distanciamento entre o ordenamento jurídico e as transformações sociais.

Em relação à metodologia adotada, é evidenciada a utilização do método dedutivo, a partir da abordagem de obras sobre o tema, bem como a análise de teses, dissertações e artigos científicos.

Por fim, foi empreendida a análise das reflexões levantadas durante o estudo que conduziram à constatação de que o ativismo judicial não viola nenhum princípio constitucional, e é desenvolvido com o intuito de garantir e conceder efetividade à Constituição.

2 ASPECTOS GERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial é um fenômeno que vem sendo pauta de diversas discussões doutrinárias acerca de sua caracterização e legitimidade. Partindo dessa premissa o capítulo pretende inicialmente destrinchar as peculiaridades do tema buscando uma conceituação que seja útil à análise proposta, para então partir para o exame do Ativismo Judicial como fenômeno jurídico e social que é.

Como berço do ativismo judicial temos a jurisprudência norte americana, mais precisamente a decisão *Lochner v. New York* em que foi discutido se o legislador estadual poderia interferir nas relações contratuais. No caso em tela a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei estadual que estabelecia como sendo 60 horas o limite da jornada de trabalho semanal dos padeiros, e que criminalizava a exigência ou a permissão do excedente, com objetivo de proteger o trabalhador.

A Corte afastou as alegações a respeito da afetação prejudicial à saúde e ao bem-estar do trabalhador, reconhecendo que se tratava de uma violação à liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal, pois interferia diretamente com o direito de contrato entre o empregador e os empregados, sendo assim uma limitação excessiva, desnecessária e arbitrária. Neste sentido *Justice Peckham*, relator do caso, proferiu seu voto afirmando que:

The statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and employees, concerning the number of hours in which the latter may labor in the bakery of the employer. The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the 14th Amendment of the Federal Constitution. Under that provision no state can deprive any person of life, liberty, or property without due process of law.¹

A decisão do caso *Lochner* foi fortemente criticada sendo considerada “uma das decisões mais desastrosas da história da Suprema Corte”, uma vez que estando diante de uma questão de política puramente legislativa, a complexidade do caso seria “suficiente a exigir da Corte a postura de deferência à decisão prévia do

¹ Tradução livre: A lei necessariamente interfere com o direito de contrato entre o empregador e os empregados, relativo ao número de horas em que este último pode trabalhar na padaria do empregador. O direito geral de fazer um contrato em relação ao seu negócio é parte da liberdade do indivíduo protegida pela 14ª Emenda da Constituição Federal. Segundo essa disposição, nenhum Estado pode privar qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

legislador, que representava a vontade do povo de Nova Iorque” (CAMPOS, 2014 p.58).

O caso *Lochner* inaugurou o que veio a ser chamado de “Era *Lochner*”, um período caracterizado pelas contínuas interferências da Suprema Corte nas regulamentações econômicas adotadas pelos Estados.

Apesar da jurisprudência norte americana traçar os primeiros contornos do que veio a ser denominado ativismo judicial, foi o historiador americano Arthur Schlesinger Jr. em um artigo publicado pela revista *Fortune*, intitulado *The Supreme Court*, que fez o primeiro uso público do termo (MORI, 2012 p.41).

Em seu artigo Schlesinger analisou as divisões ideológicas da Suprema Corte de sua época, dividindo os juizes em ativistas, liderados por Hugo Black, e, em campeões da autorrestricção liderados por Felix Frankfurter.

Segundo Carlos Alexandre de Oliveira Campos (2014, p.44):

Schlesinger apresentou o termo ‘ativismo judicial’ exatamente como oposto à ‘autorrestricção judicial’. Para o autor, os juizes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, ‘mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador’. Ao contrário, os juizes ‘campeões da autorrestricção judicial’ têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com ‘deferência à vontade do legislador’.

O estudo apresentando por Schlesinger evidenciou o descompasso institucional e ideológico dos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, e a oposição entre essas duas filosofias judiciais quando transpostas para o cenário brasileiro, evidencia as principais questões levantadas quanto à postura que deve ser adotada pelos juizes e Tribunais.

Apesar de identificar a postura ativista e rotular os juizes atribuindo características a cada grupo, Schlesinger não se posiciona política ou juridicamente quanto ao ativismo ser algo positivo ou negativo, o que resultou em uma imprecisão terminológica quanto ao tema (TEIXEIRA, 2012 p.39).

O impasse teórico em torno do fenômeno do ativismo judicial se estendeu até os dias atuais e repousa a princípio em sua conceituação, questão cada

vez mais agravada pelo indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo uso do tema, concebido por um discurso em que predomina certa carga emocional. (CAMPOS, 2014 p.149)

Por muito tempo o ativismo judicial foi utilizado como termo depreciativo para se referir à atuação expansiva dos juízes que interferiam no que era de competência dos poderes Legislativo e Executivo, o que indicaria uma ameaça aos valores democráticos e ao princípio constitucional da separação dos poderes.

O fato é que, em um universo amplo de discussões, as opiniões sobre a virtude normativa do Ativismo Judicial não são homogêneas, fazendo com que a compreensão do tema se torne fragmentada (CAMPOS, 2014 p. 150). Por sua vez, as concepções extremas e emocionais acerca do ativismo judicial impedem que o fenômeno seja analisado de forma despretensiosa, tornando-se necessário delinear seus principais contornos para que suas dimensões possam ser minuciadas livremente.

O doutrinador Elival da Silva Ramos ao tratar do tema sustenta que não haveria sentido negativo na expressão “ativismo”, afirmando que invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas (RAMOS, E.S., 2015, p.112).

Destarte, para prosseguirmos a busca pela compreensão do tema de modo a favorecer um posicionamento a respeito de sua legalidade, é necessária sua delimitação e conceituação, uma vez que a maioria das críticas se baseiam em um conhecimento abstrato e superficial sobre o fenômeno.

Unindo diversas visões doutrinárias, caberia definir o ativismo judicial como um fenômeno caracterizado pela postura proativa do Poder Judiciário de modo a expandir sua atuação frente a situações não previstas expressamente na Constituição Federal, ou mesmo em situações que estão previstas no texto da lei, mas que se mostrem ultrapassadas em relação à realidade social (CAMPOS, 2014 p. 150; RAMOS, E.S., 2015, p.138; BARROSO, 2008 p.6).

O ativismo resulta da construção judicial do direito uma vez que “a função dos interpretes em geral e do Poder Judiciário, em especial, não é, tão somente, descrever significados, mas reconstruir sentidos” (CAMBI, 2011 p.290). Dessa forma, pautado pelos valores constitucionais os juízes ampliam seu campo de

atuação com o único objetivo de oferecer a melhor solução para o caso que lhe é apresentado, surgindo o ativismo como decorrência do exercício pleno e satisfatório da jurisdição.

Dito isto, é perceptível que o ativismo judicial decorre da expansão do poder judicial, o que vêm sendo chamando de “Protagonismo do Judiciário” ou “Protagonismo Judicial”. O Protagonismo judicial é compreendido como um “movimento de expansão dos poderes e liberdades do juiz na condução e solução das causas que chegam ao ‘tribunal’” (MOTTA, 2009 p.47).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski ao tratar do Protagonismo Judicial, o atribui ao novo papel do Poder Judiciário no século XXI, o papel fundamental de dar concreção e efetividade aos direitos fundamentais. Esse papel ganhou destaque com a Constituição de 1988, que nas palavras do Ministro “escancarou as portas do Poder Judiciário”, através do princípio da universalidade da jurisdição, que colocou nas mãos do homem comum os instrumentos para ingressar em juízo (LEWANDOWSKI, 2009 p.4).

A partir dessa concepção, é possível verificar que o ativismo representa, portanto, um movimento decorrente da ampla constitucionalização, e, como demonstraremos a seguir, da então superação do positivismo, corrente que reduz o direito puramente à lei.

O Positivismo, enquanto modelo de compreensão do fenômeno jurídico, prescreve o estudo do Direito partindo da premissa metodológica de que este “deve ser estudado enquanto fato social, independente das considerações valorativas que se possa fazer ao seu respeito” (BARROSO, 2014 p.275). Neste sentido, o exercício da atividade judicial deveria se pautar unicamente na legalidade estrita, devendo a jurisdição ser conduzida pela atividade de adequação do fato à lei, e não o contrário, a solução do caso deveria ser extraída do texto da lei, alheia a questões sociais ou políticas.

No entanto, o Direito não é e nem deve ser uma ciência meramente descritiva. O Direito deve prescrever um “dever ser”, e fazê-lo valer nas situações concretas (BARROSO, 2014 p.277). Desse modo, o Direito não pode ser alheio às considerações valorativas e aos fatores externos que possam influir de alguma maneira no desempenho da função jurisdicional, uma vez que o juiz não exerce uma

função estritamente técnica, adequando o fato à lei. A função jurisdicional é construída argumentativamente, e como cada caso pode apresentar sua peculiaridade o juiz por vezes deve desempenhar uma função criativa a fim de encontrar a solução.

O positivismo perdurou enquanto suas consequências e efeitos eram então desconhecidos, mas, a partir do momento em que revelou-se tratar de uma visão extremamente limitadora do campo de análise jurídico-social, teve seu declínio inaugurado com o pós-positivismo.

Com o pós-positivismo, a decisão judicial deixou de ser considerada mera subsunção do caso concreto à lei, passando a contar com os princípios e com sua carga axiológica, para a aplicação e interpretação do Direito, e essa abertura sistemática acabou por levar a uma incidência maior de conceitos da filosofia moral e política, refletida nas decisões judiciais (MACHADO, 2012 p.23).

O ordenamento jurídico que então era tomado por um formalismo cheio de conceitos fechados, passou a se valer de normas e princípios gerais, e conceitos amplos, isso porque o legislador se deu conta de que não é possível prever todas as situações possíveis.

Neste sentido, o doutrinador Mauro Cappelletti (1993, p.32) afirma que:

Em todas as suas expressões o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha.

O pensamento pós-positivista tenta materializar a relação entre os valores, princípios e regras, o que acaba por provocar a discussão sobre a existência ou não de limites à discricionariedade depositada na função jurisdicional.

A questão da discricionariedade é trabalhada por Mauro Cappelletti com um viés positivo, a discricionariedade não partiria de uma aceção arbitrária e puramente subjetiva, e sim decorrente de uma atividade de valoração e balanceamento, sendo esta indispensável uma vez que os argumentos da lógica abstrata e os provenientes da análise linguística puramente formal não se figuram como um modo satisfatório de exercer a jurisdição (CAPPELLETTI, 1993 p.32).

No entanto, há um problema em acentuar o elemento voluntarístico das decisões judiciais, acabamos colocando em perigo a ideia da neutralidade e da objetividade da função jurisdicional (CAPPELLETTI, 1993 p.35).

E é neste ponto que predomina o debate a respeito do ativismo judicial, mais precisamente nos impasses quanto aos limites da função jurisdicional, em como o próprio Judiciário se reveste de competências que se quer são reconhecidas constitucionalmente.

Partindo do estudo até aqui construído, aprofundaremos a análise acerca do ativismo judicial, inserindo-o no contexto da ampliação dos poderes do Judiciário e dos fenômenos a ele correlatos.

2.1 Distinção entre Ativismo e Judicialização

Realizada as necessárias considerações acerca do ativismo judicial é de extrema relevância distingui-lo da Judicialização, uma vez que são fenômenos conexos, e ainda assim, possuem fundamentos e motivações diversas, apesar de serem termos utilizados inúmeras vezes como sinônimos.

De antemão, temos a Judicialização como um fato, uma circunstância caracterizada como uma transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário, que decorre do modelo institucional adotado pela Constituição Federal (BARROSO, 2008 p.4).

Judicialização significa que questões de cunho político, de implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instituições constitucionalmente competentes (BARROSO, 2009 p.3).

Apesar de não ser uma peculiaridade brasileira, no Brasil o fenômeno da judicialização assume uma proporção maior, e isso se dá em razão da presença de uma constitucionalização abrangente.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, atribui três causas à judicialização, sendo estas a redemocratização, em que após a Constituição Federal de 1988 “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-

especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”; a constitucionalização abrangente, que “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”; e o controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que ao apresentar um sistema híbrido mescla os modelos europeu e americano, de modo a permitir o controle de forma incidental e de forma direta (BARROSO, 2009 p.19-20).

A constitucionalização abrangente como fator que de fato impulsiona a judicialização se dá em razão da Constituição brasileira se enquadrar na categoria das Constituições analíticas, de modo que seu texto abrange os mais diversos assuntos, não somente os relacionados à estrutura do Estado e a garantia de direitos individuais. A partir do momento em que um tema é constitucionalizado passa a haver a possibilidade de ser judicializado.

Com relação à abrangência constitucional, Carlos Alexandre de Azevedo afirma que:

[...] em países que adotam constituições abrangentes, que disciplinam quase toda a vida política e social de seu país – a constituição é ubíqua e, desse modo, tanto as grandes questões como os pequenos conflitos são problemas constitucionais, que acabam judicializado e decididos pelas cortes (CAMPOS, 2014 p.152).

É necessário ressaltar que a judicialização não se trata de uma opção ou de um exercício deliberado da vontade política, apresentado um caso ao crivo do Poder Judiciário este não tem a opção de se abster da análise, uma vez que a própria Constituição determina no inciso XXV de seu artigo 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, ou seja, uma vez preenchido os requisitos de cabimento o Tribunal não pode ser escusar de apreciar a demanda que lhe é submetida.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso assevera que:

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional em conformidade com o desenho institucional vigente (BARROSO, 2009 p.17).

A judicialização se apresenta então como uma questão social que deriva de diversos fatores alheios à jurisdição. Desse modo, com as transformações contemporâneas, é possível constatar que a judicialização decorre da maior consagração de direitos e regulamentações sociais, o que acaba por resultar em um crescimento do número de demandas, que, em maior ou menor medida desaguarão no Judiciário (TASSINARI, 2012 p.23).

O Poder Judiciário, dessa maneira, busca atender a essa demanda cada vez mais crescente por uma justiça social. E essa transferência de poderes desencadeada pela própria sociedade decorre da incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo de fornecer respostas efetivas as promessas constitucionais democráticas ainda não realizadas (GOMES, 2014 p.17).

Enquanto a judicialização é identificada como um fato, o Ativismo Judicial é considerado uma atitude, atitude esta caracterizada pela aplicação e interpretação extensiva da Constituição, com o objetivo de concretizar valores e finalidade constitucionais com a maior interferência no espaço dos Poderes Legislativo e Executivo.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas e “normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atingidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2009 p.11).

Essas manifestações se dão em razão das especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Constituição, grande parte dos preceitos nela contido se estrutura na lógica de norma-princípio, causando uma ampliação de sua incidência, e com isso tornando menos intensa sua capacidade regulatória direta (RAMOS, E.S., 2015, p.143).

A Constituição Federal possui amplo conteúdo programático com um extenso catálogo de direitos e garantias individuais e coletivas, e na edição das normas que vieram a positivá-los o legislador se valeu do emprego de expressões correspondentes à conceitos vagos e fluidos, o que acabou por tornar inevitável um certo grau de ativismo e criatividade do juízes que é instado a interpretá-los (CAPPELLETTI, 1993 p.42).

Estabelecidas essas premissas, fica ainda a questão da caracterização da postura ativista, baseado em que pode se determinar que um juiz ou Tribunal é ativista? Para responder a essa indagação podemos nos valer de dois critérios, o quantitativo e o qualitativo.

O critério quantitativo identifica um juiz ou Tribunal como ativista a partir da análise do número de intervenções nas decisões dos demais poderes, interessando apenas a frequência da intervenção (DIMOULIS e LUNARDI, 2011 p.3).

Assim se determina, visto que, quanto mais uma Corte intervém nos atos normativos dos outros poderes, menor será a disposição em ser deferente ao legislador, como consequência, maior será a disposição a ser ativista (CAMPOS, 2014 p.159).

Entretanto, seria um equívoco tentar identificar o Ativismo Judicial de forma segura se valendo apenas de um único critério, considerando que a atividade intensa por parte do Judiciário pode ser consequência de inúmeros fatores. Esse método equipara todas as decisões judiciais “ignorando a diferença de importância entre leis declaradas inconstitucionais, o nível do esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas” (CAMPOS, 2014 p.160).

Já para o critério qualitativo não importa a frequência da intervenção e sim o critério de atuação do juiz, leva-se em conta a autoridade e legitimidade constitucional para a tomada das decisões, o nível da densidade normativa das disposições constitucionais utilizadas como parâmetro de validade, e o grau de relevância político-social dos temas julgados (CAMPOS, 2014 p.161).

É necessário ressaltar que o Ativismo Judicial deve atuar nos limites constitucionais estabelecidos se pautando na legalidade, uma vez que, ao contrariar a Constituição e extrapolar os limites da licitude, o Poder Judiciário abandona seu papel de guardião e o Ativismo se torna um eufemismo para a violação constitucional (DIMOULIS e LUNARDI, 2011 p.4).

O Poder Judiciário como todo poder em um estado democrático é representativo e, sendo assim, a “crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos, também representa uma forma de participação no processo político” (CITTADINO, 2001 p.137).

Diante do exposto é possível verificar que tanto o ativismo quanto a judicialização decorrem do processo de constitucionalização brasileiro e da gradual ascensão do Poder Judiciário, com isso, torna-se necessário analisar quais acontecimentos propiciaram o Ativismo a se estabelecer constantemente nas discussões doutrinárias nacionais.

2.2 Ativismo Judicial no Cenário Brasileiro

Após distinguir o fenômeno do Ativismo Judicial da Judicialização, se faz necessário delinear sua introdução no cenário brasileiro, para que seja possível identificar como ocorre sua manifestação, e para isso retrocedemos à conjuntura do Brasil nos anos sessenta.

O golpe militar de 1964 instalou no Brasil um regime ditatorial que perdurou como forma de governo por longos vinte e um anos. Com o passar do tempo, o regime militar foi perdendo sua força e se retraindo até que, já na década de 1980, a abertura política e os movimentos sociais que lutaram para o reestabelecimento da democracia culminassem com a promulgação de uma nova Constituição (STRECK, 2013 p.145).

A Constituição Federal de 1988 veio como uma resposta ao período ditatorial e autoritário de privação e violação de direitos, passando a adotar o modelo de Estado democrático de direito, apresentando um texto constitucional compromissório com um amplo rol de direitos e garantias constitucionais individuais e coletivas. Dessa forma, “o constitucionalismo brasileiro concebeu uma Constituição rica em direitos que apontavam para uma verdadeira ‘refundação’ de um país historicamente excludente e centralizador” (STRECK, 2013 p.275).

O período da ditadura militar foi um momento de neutralização do Poder Judiciário, sua atuação era restrita a resolver conflitos individuais sem adentrar em questões de relevância social, limitando o envolvimento do Judiciário na esfera política.

No entanto, com Constituição de 1988 houve uma ampliação no papel político-institucional do Judiciário que o inseriu em um contexto de destaque, de modo

a propiciar o deslocamento do polo de tensão do Poder Executivo para o Judiciário (TASSINARI, 2012 p.20), o doutrinador Lenio Luiz Streck atribui esse deslocamento ao caráter compromissório dos textos constitucionais, próprios de um Estado democrático social (STRECK, 2013 p.43).

Todas as razões que explicam o Ativismo Judicial se ligam direta ou indiretamente ao advento da Constituição Federal de 1988 (VERISSÍMO, 2008, p. 411).

E o Ativismo Judicial, nesta linha de argumentação se inseriu na realidade brasileira por meio do constitucionalismo, aqui entendido como a “limitação do poder e supremacia da lei” (BARROSO, 2010 p. 5), ou seja, o Ativismo surge neste momento em que a Constituição passa a ser vista como um “estatuto normativo dotado de superioridade jurídica material sobre todo o restante do ordenamento jurídico” (MORAIS, 2010 p. 6).

Desse modo, a força normativa da Constituição passa a ser reconhecida de maneira a não somente inaugurar uma nova ordem político-jurídica, mas também a condicionar a atuação dos demais poderes à sua forma. O doutrinador Daniel Sarmiento menciona esse poder condicionante da Constituição como uma “filtragem constitucional do direito”, assim haveria uma “releitura de toda uma ordem jurídica a partir da ótica pautada pelos valores constitucionais” (SARMENTO, 2009 p. 7).

Temos, portanto, a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, com um conjunto aberto repleto de princípios e regras, direitos e garantias individuais e sociais, estabelecendo ainda sua aplicabilidade imediata no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, apesar da previsão constitucional de aplicabilidade imediata, esbarramos em um impasse: a Constituição não se opera por si mesma, ela é carregada de um conteúdo programático, este “que propõe linhas ou direções para a política de concretização e implementação do programa constitucional em domínios sensíveis como os dos direitos sociais, da transformação agrária e dos instrumentos de garantia de direitos” (CANOTILHO, 2013 p.48). Contudo, é necessário ressaltar que essas normas jurídicas não devem ser encaradas como meras proposições e sim como normas que vinculam os poderes políticos estabelecendo balizas para o exercício das respectivas competências.

Temos, assim, a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal como marcos do processo de transformações pelas quais o Judiciário brasileiro passou, fixando novos parâmetros para a atuação dos magistrados, ampliando o acesso à justiça e os instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, além de introduzir novos elementos ao ordenamento jurídico, capazes de modificar a relação do cidadão com a Justiça (VERBICARO, 2011 p.46).

O Judiciário, conseqüentemente, deixa de ser um poder inerte alheio às transformações sociais. Os acontecimentos que provocaram essa maior interferência do Estado na sociedade favoreceram também o engrandecimento do Poder Judiciário. Nesta perspectiva, devido ao caráter programático da Constituição, somado à inércia dos outros poderes no sentido à concretização constitucional, houve a abertura de um espaço para a jurisdição, que levou o Poder Judiciário a vir ocupar esse vazio deixado pelos outros poderes (TASSINARI, 2012 p.21).

A emergência de uma postura ativa por parte do Poder Judiciário que faz o Ativismo Judicial se manifestar, a jurisdição constitucional passou a corresponder a essa ausência Estatal, de modo que a sociedade passou a se identificar com as “bandeiras” do direito, com seus procedimentos e instituições, para a materialização das promessas democráticas ainda não realizadas (GOMES, 2014 p.18).

2.3 Fatores de Impulsão ao Ativismo Judicial

Alguns aspectos no cenário jurídico brasileiro criam condições favoráveis ao desenvolvimento e a manifestação do Ativismo Judicial, sendo essas condições a natureza institucional, política e social e não são peculiaridades do Brasil.

Seguindo a análise proposta, trataremos de duas das principais condições fomentadoras desse fenômeno: O modelo de Estado adotado e o controle de constitucionalidade das leis.

O modelo de Estado democrático social prestigiado pelo constitucionalismo pátrio representa um elemento de impulsão do ativismo social, uma

vez que é caracterizado por um Estado atuante, “que tudo provê e que em tudo intervém” (RAMOS, E.S., 2015, p. 285).

Sendo assim, estamos tratando de uma Constituição Federal que consubstanciou grande parte dos seus fins à atuação estatal, e umas das consequências dessa dilação do campo da intervenção estatal é o aumento acentuado da produção legislativa e, diante dessa circunstância, caberia ao Poder Judiciário “o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes” (RAMOS, E.S., 2015, p. 286).

De acordo com Mauro Cappelletti, a demasiada intervenção estatal e o aumento da produção legislativa configuram um “gigantismo estatal” e, diante dessa situação, o Poder Judiciário teria duas opções: permanecer fiel às concepções tradicionais dos limites da função jurisdicional ou elevar-se ao nível dos outros poderes (CAPPELLETTI, 1993 p.46).

Desse modo, “recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranquilo, embora apertado, campo das funções ‘protetoras’ e ‘repressivas’” (CAPPELLETTI, 1993 p. 47). Caso contrário, a escolha recaia na segunda opção, ver-se-á o emergir o Poder Judiciário como um “terceiro gigante”, este apto a controlar não somente as atividades civis e criminais dos cidadãos, mas também os poderes políticos (CAPPELLETTI, 1993 p.48).

Esse modelo de Estado social intervencionista acaba por colaborar com certa ampliação da atividade jurisdicional, e essa expansão se dá de tal modo que além do controle da atividade intervencionista dos demais poderes, acaba recaindo sobre o Poder Judiciário:

[...] as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras (RAMOS, E.S., 2015., p.286).

Outro fator que acabou por favorecer o Ativismo Judicial brasileiro foi o controle jurídico constitucional de normas. O controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil através da Emenda Constitucional número 16, na Constituição de 1946, no entanto, esse mecanismo de controle de influência norte americana só

adquiriu relevância com a Constituição Federal de 1988, o qual, passando por diversas alterações, chegou ao que hoje representa o controle de constitucionalidade, com suas várias espécies de ações e seu amplo rol de legitimados (RAMOS, E.S., 2015, p.292).

Por meio dessa fiscalização normativa, a jurisdição constitucional é exercida amplamente desde o juiz estatal até o Supremo Tribunal Federal, e isso quer dizer que a Constituição “atribuiu a qualquer juiz a tarefa e a prerrogativa de analisar a legalidade de atos produzidos quer pelo legislativo, quer pelo executivo” (VERISSÍMO, 2008, p. 411). Isso se dá em consequência do sistema de controle misto adotado pelo sistema jurídico brasileiro, que permite que a inconstitucionalidade de uma lei seja suscitada tanto abstratamente, por meio de uma ação autônoma, quanto de forma incidental.

O controle de constitucionalidade, portanto, configura uma interferência direta no conteúdo dos atos legislativos. Esse meio de impugnação de leis faz com que a atividade jurisdicional tenha uma maior proximidade à atividade legislativa, ainda que se trate do exercício do controle jurisdicional, tornando-se fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que se torna menos nítida a distinção entre legislativo e jurisdição (RAMOS, E.S., 2015, p.292).

3 O PAPEL DO JUIZ NA CRIAÇÃO JUDICIAL

Diante da importância do desenvolvimento da atuação jurisdicional para o avanço da análise proposta, mostra-se necessário apresentar as formas pelas quais a interação do Poder Judiciário com os demais poderes foi entendida ao longo do tempo.

O Judiciário é o órgão responsável por assegurar e aplicar as leis de modo a garantir a inviolabilidade dos direitos individuais e coletivos. Mas além do seu papel pacificador, o Judiciário desenvolve uma atividade politicamente útil junto à sociedade na perseguição do adimplemento dos compromissos e programas constitucionais (SOUZA JÚNIOR, 2004 p.61).

O papel desempenhado pelo Judiciário do século XXI só é possível em razão da trajetória que tal Poder trilhou até adquirir significativa autonomia e relevância política e social. Considerado inicialmente um Poder nulo, o Judiciário se tornou o centro das tensões políticas em virtude do caráter que sua atuação assumiu diante do aumento da complexidade do direito e da vida em sociedade.

O Poder Judiciário passa a ser visto como o principal responsável pela viabilização compulsória dos direitos fundamentais, devendo zelar pelo respeito e pela concretização dos fins constitucionais, e assim o faz influenciado pelo modelo de Estado Social.

No Estado Social o Judiciário ganha uma maior importância, pois representa uma via de acesso da sociedade às instâncias de poder na reivindicação de seus direitos. Nesse contexto Judiciário passa a ter uma participação efetiva na criação do direito, uma vez que é chamado a exercer um papel ativo “na legitimação do sistema uma vez que passou a resguardar a proteção aos direitos fundamentais em proteção ao pacto garantista” (VERBICARO, 2011 p.41).

Com isso, se torna importante analisar os limites da atuação jurisdicional, para que possamos aprofundar os questionamentos acerca da ponderação que deve ser realizada no momento em que o Judiciário é inclinado a expandir seu poder.

3.1 A Separação e Harmonia entre os Três Poderes

Ante de aprofundarmos o tema, é preciso esclarecer que tal teoria não trata exatamente de três poderes, e sim de três órgãos aos quais se atribui a execução do poder político com o objetivo de melhor realizar o fim do Estado.

Desse modo, não há como interpretar que haja uma divisão dos poderes do Estado, “posto que não se vislumbram três poderes soberanos, mas sim órgãos que possibilitem ao poder controlar o poder” (MACHADO, 2013 p.99).

Assim, a sistematização doutrinária da teoria da separação dos poderes parte da premissa de que o exercício das funções estatais deve ser dividido e atribuído a órgãos diversos, sendo estes os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que conservaram sua independência de modo a atuar coexistindo harmonicamente.

A origem desta teoria remonta à Grécia Antiga, período em que Aristóteles em seu livro “Política” reconheceu a existência de três funções estatais distintas: Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. O Poder Deliberativo seria o que delibera sobre os negócios do Estado, decidindo sobre a guerra e a paz. O Poder Executivo compreenderia todos os poderes constituídos, ou seja, aqueles de que o Estado precisa para agir. E por fim, o Poder Judiciário que trata da ordem judiciária, sendo o terceiro órgão da constituição do governo (ARISTÓTELES, 1969 p.71-83).

No entanto, apesar de ter esboçado pela primeira vez a separação das três atividades do Estado, Aristóteles não tratou de instituir a independência entre os poderes, tampouco demonstrou a funcionalidade de tal divisão, tendo pouca influência sobre os governos que o seguiram, “uma vez que os regimes políticos da época e de muitos séculos depois admitiram a total confusão entre os três poderes” (VERBICARO, 2011 p.55).

A ideia de separação de Poderes foi abordada também por John Locke em sua obra “O Segundo Tratado do Governo Civil”. Apesar de não tratar exatamente da separação das funções do Estado, Locke apresenta a concepção de equilíbrio e harmonia das funções do poder.

Desse modo, John Locke dividiu inicialmente as funções do Estado em dois poderes distintos, sendo o Poder Legislativo, o Poder Executivo.

O Poder Legislativo seria aquele que tem competência para prescrever o modo como a força será aplicada à sociedade civil, e o Poder Executivo figura como o responsável por assegurar a continuidade da aplicação e execução das leis. Locke concebe por fim a existência de um terceiro poder, o Poder Federativo, o qual seria encarregado de zelar pela gestão da segurança.

De plano observa-se que Locke evidencia a necessidade de independência entre as funções ao constatar que:

[...] como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo (LOCKE, 1999, p.75).

No entanto, apesar de defender a divisão interna das funções institucionais e sua interdependência, Locke não concebeu a existência de um Poder Judiciário independente e autônomo, tão somente inserindo a função jurisdicional como parte integrante de um poder atribuído de antemão ao Poder Executivo, o qual se ocupa da administração total das leis (VERBICARO, 2011 p.54).

Além disso, ao tratar da divisão dos poderes em sua teoria política John Locke “não se ocupa em disfarçar sua opção ideológica: a concepção de um sistema de distribuição de poder cuja razão de existência repousa na proteção da propriedade privada” (SOUZA JÚNIOR, 2004 p.37).

Ainda que Aristóteles e John Locke tenham sistematizado de certo modo a ideia da separação das funções estatais, foi Montesquieu que estruturou consistentemente o conceito nos apresentando a clássica teoria da divisão dos poderes nos moldes da estrutura do Estado de Direito, orientando-se pelo combate ao absolutismo.

Em sua obra “Do Espírito das Leis”, Montesquieu procura demonstrar que, “quando dois poderes, em toda sua plenitude estão reunidos em uma só pessoa, todos os princípios do governo livre são violados” (CASTRO JUNIOR, 1998 p. 50).

Nesse sentido, Montesquieu identifica três espécies de poderes do Estado, o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das que dependem do Direito Civil.

Ao Poder Legislativo atribuiu a competência de fazer as leis, corrigi-las ou revogar as que já foram criadas. Ao Poder Executivo das coisas que dependem do Direito, que se denominou simplesmente Poder Executivo do Estado incumbia-se de fazer a paz ou a guerra, enviar e receber embaixadas e prevenir invasões. E por último o que Montesquieu chamou de Poder de Julgar, responsável por punir os crimes e julgar as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 2007 p.169-170).

Neste contexto, Montesquieu assinala a importância da distribuição das funções do Estado ao reconhecer que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 2007 p.170).

Ao discorrer sobre o Poder Judiciário, dito Poder de Julgar, Montesquieu afirma que este não deverá ser entregue a um Senado permanente, e sim exercido temporariamente por representantes retirados do povo para servir o quanto for necessário. Esclarece, no entanto, que, embora os tribunais não devam ser fixos, assim devem ser os julgamentos, de modo que estes não sejam mais que o texto previsto da lei, sendo o juiz impedido de interpretar o direito e dosar a força ou o rigor da lei (MONTESQUIEU, 2007 p.171-172).

Segundo essa concepção o exercício do poder seria modulado pela lei, “o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível e acreditava-se que era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme a lei sem ter de preocupar-se com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução proposta” (PERELMAN, 2000 p.54).

Apesar de ter concedido ao Poder Judiciário independência e autonomia, Montesquieu estruturou-o como um poder neutro, destinado a atuar objetivamente como “a boca que pronuncia as palavras da lei”, figurando como “seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (MONTESQUIEU, 2007 p.180).

Nota-se que essa clássica teoria busca, sobretudo assegurar uma progressiva separação entre direito e política, a fim de regular a influência política sobre o governo, “que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário” (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p.47).

A necessidade de separar o direito e a política acentuava a neutralidade atribuída por Montesquieu ao Poder de Julgar, se justificando pela importância dada a imparcialidade do juiz, e, pela necessidade de se manter a função jurisdicional distanciada do conjunto de interesses conflitantes do Estado.

Deve-se frisar que, com o passar do tempo diversos aspectos sociais e institucionais foram conjugados à teoria da separação dos poderes, o que acabou por alterar a percepção inicialmente construída, ainda assim a noção da divisão orgânica das funções do Estado apresentada por Montesquieu foi de tal importância que consagrou a separação dos poderes como princípio de organização fundamental da Constituição no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, aduzindo que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Além disso, tal teoria influenciou na ideologia constitucional da Constituição Americana de 1787, que prevê a existência de três poderes e atribui competências compartilhadas entre os diferentes ramos do governo.

De fato, os ideais de Montesquieu serviram para difundir e transformar a doutrina da separação dos poderes em um princípio do Estado Constitucional, contudo, como já foi dito, essa teoria atualmente assume novas nuances, conseqüentemente surgem questões que devem ser destrinchadas.

3.2 Sistema de Freios e Contrapesos

Além de prescrever a independência e separação das funções estatais, a teoria da separação dos poderes apregoa antes de tudo a repressão ao poder absoluto e tirânico, dessa forma, não bastaria apenas separar os poderes enfraquecendo-os, “é preciso também que um poder mantenha vigilância sobre o outro, limitando suas tentativas de extrapolar suas funções” (MENEZES, 2013, p.26).

Assim, partindo da ideia de que “todo homem que tem poder é levado a abusar dele” e de que o poder só pode ser controlado pelo poder, Montesquieu apresenta o primeiro esboço do que posteriormente veio ser aprimorado pela doutrina norte-americana, o mecanismo de “freios e contrapesos”, que se baseia no exercício de controle de um Poder sobre o outro (MONTESQUIEU, 2007 p.167).

Isso porque, em verdade Montesquieu não tratou do princípio da separação dos poderes como forma de organização do sistema estatal, mas sim como um meio de se evitar o despotismo real, a ideia era de que a separação das funções impediria a concentração do poder, assim o princípio não seria de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p.14).

E é neste ponto que o jurista Joaquim José Gomes Canotilho aponta como um equívoco atribuir à Montesquieu o modelo teórico da separação rigorosa dos poderes, onde cada Poder exerceria sua função sem qualquer interferência dos outros, isso porque em sua obra *De l'esprit des lois*:

[...] reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa (CANOTILHO, 1941 p.114-115).

Dessa forma a noção da separação rígida entre os poderes cai por terra quando se verificamos que Montesquieu em vários momentos sugere como ideal a inter-relação entre os poderes.

O sistema de freios e contrapesos se constituiu em um conjunto de mecanismos constitucionais de controle político, que visam a contenção do Poder pelo Poder. Assim, se concebe novas formas de inter-relacionamento entre os poderes dentro da sistematicidade organizacional do Estado, uma vez que as funções não devem ser exercidas isoladamente, mas sim de forma compartilhada e harmônica.

Dentro dessa ideia de controle recíproco entre os poderes, além das funções privativas atribuídas a cada órgão são conferidas também funções atípicas inerentes a outras funções, cuja intenção seria fortalecer a independência de um Poder frente a outro.

Assim, a função típica desempenhada por cada órgão nos termos expressamente prescritos na Constituição, admite de certo modo um compartilhamento interorgânico, contudo sempre haverá um núcleo essencial da função que somente será exercido pelo Poder competente (RAMOS, E.S., 2015, p.117).

No ordenamento jurídico brasileiro há dispositivos constitucionais que reforçam o propósito da teoria dos freios e contrapesos, instituindo mecanismos limitadores que visam assegurar o equilíbrio entre os órgãos do Poder, assim podemos observar situações em que a Constituição legitima a atuação de um Poder sobre outro:

Veja-se, por ilustração, os incisos IX e X do artigo 49, que atribuem ao Congresso Nacional a competência exclusiva para “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”, bem como para: “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração”. [...] também a demonstrar a existência de vários mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, é de se mencionar a possibilidade de o Presidente da República vetar, total ou parcialmente, o projeto de lei que considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (MEDEIROS, 2008 p.201).

Vale ainda ressaltar, que, cabe o Poder Judiciário apreciar questões acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos, além de “controlar os pressupostos constitucionais que condicionam a edição das medidas provisórias” pelo Poder Executivo (MEDEIROS, 2008 p.201).

A evolução e a ampliação das funções do Estado, alterou o modo de relacionamento e equilíbrio entre os Poderes, remodelando a forma da atuação jurisdicional. E esse seria o resultado de uma “desneutralização” do Poder Judiciário, que acabou por conduzir a uma nova forma de articular a teoria da separação dos Poderes, questão que será aprofundada no próximo item.

3.3 A Desneutralização do Poder Judiciário

A desneutralização do Poder Judiciário pode ser entendida como a aproximação entre o direito e a política decorrente da afetação da função jurisdicional à fatores sociais, morais, e políticos.

Contudo, a tendência à desneutralização não ocorreu do dia para a noite, mas foi se revelando forma gradual, na medida em que se encontra associada às profundas transformações das relações entre o Estado e a sociedade civil no capitalismo contemporâneo, assim podemos apontar as fases históricas estruturais que resultaram na construção de um Judiciário proativo (VIANNA, 1996 p. 27).

A primeira fase se deu com o Poder Executivo como o principal polo das tensões políticas, concentrando em sua volta todas as atenções e expectativas, uma vez que era tido como o principal responsável pela reconstrução de um mundo marcado pelas restrições de direitos de regimes totalitários, em vista disso decorreu a necessidade da transposição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social.

A teoria da separação dos poderes foi constituída tendo como plano de fundo o modelo de Estado Liberal, e nele se exigia uma postura negativa por parte do próprio Estado como forma de garantia das liberdades individuais e da igualdade formal.

No chamado Estado mínimo, o direito equiparava-se a lei, de modo que o próprio soberano a ele era submetido, e em um período que a concentração de poder e o absolutismo eram combatidos, a legalidade estrita representava um meio de proteção à liberdade.

No entanto, com o tempo a postura negativa do Estado passou a não corresponder aos anseios sociais e à realidade contemporânea uma vez que o

“liberalismo não considerava a realização de direitos fundamentais sociais como obrigação jurídica positiva do Estado” (CAMBI, 2011, p.175). Consequentemente operou-se uma mudança no perfil de atuação do Estado, assim temos a transição do Estado liberal para o Estado social. O Estado social é marcado por um forte intervencionismo, onde a atuação estatal é dirigida à promoção de direitos e à concretização dos fins constitucionais objetivando atender as demandas sociais.

Em seguida, o Poder Executivo passa a dividir sua centralidade com o Poder Legislativo que tem sua atuação pautada pelas novas condições da democracia, fazendo com que a legislação assuma um caráter promocional e prospectivo (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p.18).

A legislação adquiriu o caráter social e transmitiu para o texto de lei o sentido promocional em que se desloca “temporalmente o direito do tempo passado para o tempo futuro, quando a promoção social estipulada pela lei deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado” (VIANNA, 1996 p. 27).

Com isso, a complexidade da atividade desenvolvida pelos órgãos estatais aumentou, uma vez que a legislação social conduziu o Estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão” (CAPPELLETTI, 1993 p.41), uma vez que se cobrava do Estado “a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal” (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p.18).

E por fim, temos o Poder Judiciário atingido pelos reflexos desse novo caráter da atuação estatal, havendo uma mudança na própria noção da jurisdição que de certa forma foi conduzida pelo Poder Legislativo e sua nova forma de legislar, uma vez que “um dos impactos da legislação social sobre a ordem jurídica foi fazê-la incorporar a vagueza e a imprecisão das normas, afetando a neutralidade do Judiciário e aumentando a criatividade do juiz no ato de interpretação” (VIANNA, 1996 p. 27).

Então, o Poder Judiciário que antes era mantido alheio às pretensões políticas e sociais teve sua neutralização afetada, visto que houve uma aproximação entre o direito e a política, devido ao caráter social e político que passou atribuído a função jurisdicional.

Assim, a figura do juiz como a “boca inanimada da lei” se torna incompatível com os anseios da efetividade de um do Estado democrático social, que requer uma justiça de transformação, neste sentido:

A confirmação do Judiciário em seu papel neutralizado faria dele um Poder anacrônico, voltado para o tempo passado em que a lei foi produzida, e, como tal, limitado à função de arbitragem dos conflitos privados, sem exercer jurisdição sobre o novo tipo de contencioso social, cuja natureza é pública e se expressa na manifestação da vontade de sujeitos coletivos (VIANNA, 1998, p. 29).

A desneutralização do Poder Judiciário faz surgir uma corresponsabilidade dos órgãos jurisdicionais pela consecução dos fins do Estado contemporâneo “que antes deveriam ser atingidos apenas com a política legislativa” desse modo “tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.” (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p.27).

O paradigma, portanto é invertido, “são as leis os seres inanimados e os juízes quem lhe dão vida” (SOUZA JÚNIOR, 2004 p.60).

Com isso, surge a necessidade de que o Judiciário atue de forma proativa, e é neste ponto ganha expressiva relevância a problemática relacionada ao Ativismo Judicial e os limites de atuação do Poder Judiciário.

Esse impasse se justifica pelo período vivenciado anteriormente em que o primado do princípio da legalidade conduzia a uma experiência delimitada em prol da segurança jurídica. O Judiciário ainda era visto como um poder distante do núcleo de interesses políticos, e o Poder Legislativo em razão da tendência legalista era posicionado no centro desse sistema.

Mas, como discutido anteriormente, a sucessão de transformações sociais fizeram com que o polo de tensão política se deslocasse do Poder Legislativo para o Judiciário. E em vista de tal mudança, aliada à expansão da titularidade dos direitos, que passaram a ter um desdobramento coletivo, o Poder Judiciário se estabelece como a instituição mais aberta às novas necessidades da comunidade e acabou por constituir um “palco privilegiado para a discussão dos direitos reclamados pelos novos grupos sociais em ação” (LAURIS, 2011 p.31).

Por muito tempo sustentou-se a neutralização do Poder Judiciário como efeito do princípio da divisão dos três poderes, no entanto, as transformações das condições sociais e políticas evidenciaram a necessidade da desneutralização da atividade judiciária, que acabou se verificando a partir das “alterações resultantes do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica” (CAMBI, 2011, p.194).

A tendência pela desneutralização está associada às sucessivas transformações das relações entre o Estado e a sociedade, que colocou em evidência o novo papel do Poder Judiciário. E em vista de tamanhas transformações se faz necessário indagar sobre o responsável pelas realizações no contexto da jurisdição constitucional: os Tribunais.

4 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E AS DECISÕES INTERPRETATIVAS

Partindo da premissa de que a atividade criativa é inerente à função jurisdicional, e que “o processo hermenêutico é sempre produtivo” (STRECK, 2013 p.747) a criação judicial do direito deve ser entendida como consequência imediata da função atribuída ao Poder Judiciário.

A indagação que surge ao reconhecer a criatividade judiciária é a que se estaria igualando a função jurisdicional à função legislativa, legitimando o Poder Judiciário a atuar como legislador positivo.

No entanto, a análise crítica da extensão da atividade judicial deve ser realizada com a compreensão de que os juízes e Tribunais “são chamados a interpretar e por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores” (CAPELLETTI, 1993 p.75).

Desse modo, a ideia de que a criação do direito é monopólio do Poder Legislativo faz com que o entendimento sobre o alcance das normas e a importância da atividade interpretativa desenvolvida pela função jurisdicional se torne ilimitada.

A atividade de adaptação, redução ou aumento do sentido da norma adequando seu conteúdo aos preceitos constitucionais não pode ser considerada uma forma de usurpação da função legislativa, ou uma manifestação ilegítima de poder por parte do Judiciário, mas tão somente o exercício pleno da jurisdição, uma vez que “não há como sujeitar a jurisdição ao mero controle negativo da lei” e “a realização da justiça, dentro do caso concreto, é tarefa do juiz no processo, não é algo já dado no preceito legal” (CAMBI, 2011 p.301).

Com isso, buscando situar o Ativismo Judicial no contexto da criação judicial do direito, avançaremos demonstrando as formas pelas quais o ativismo judicial toma forma incidindo nas chamadas decisões interpretativas.

Decisões interpretativas são aquelas que permitem ao intérprete ir além da simples declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, admitindo que o “Poder Judiciário possa exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos, reconhecendo, ademais que a função do Poder

Judiciário [...] não mais se reduz à clássica concepção de “legislador negativo” (LENIO, 2014 p.747).

Para isso vamos nos ater a duas espécies de decisões interpretativas, as decisões interpretativas de rejeição, que se referem à técnica de interpretação conforme a constituição, e as sentenças interpretativas de acolhimento, que se referem à declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Por fim, buscando esclarecer a dinâmica da interferência judicial sobre o conteúdo normativo por meio do controle de omissões legislativas, a análise será dirigida aos mecanismos que buscam suprir as lacunas legislativas.

4.1 Interpretação Conforme à Constituição

Por meio das sentenças interpretativas de rejeição, a suspeita de inconstitucionalidade é rejeitada com base em uma determinada interpretação do dispositivo acolhido pela Corte, se pautando no postulado do aproveitamento dos atos normativos. Neste sentido, *“las sentencias interpretativas son emitidas en el intento de salvar normas cuestionadas, buscando la vía de una interpretación acorde a la constitución”*² (BERCHOLC, 2017 p.34).

As sentenças interpretativas de rejeição, são, portanto, decorrentes da utilização da técnica da interpretação conforme à constituição. De acordo com Carlos Alexandre de Campos, a interpretação conforme a constituição trata-se de um princípio interpretativo, por meio do qual “o intérprete judicial procura assegurar a supremacia da Constituição por meio da aplicação da ordem infraconstitucional na direção exigida pelo texto e pelos valores constitucionais” (2014 p.287).

Desse modo, a interpretação conforme a constituição consiste em um mecanismo interpretativo que utiliza a Constituição Federal como parâmetro para a aplicação da legislação infraconstitucional, direcionando e conduzindo o sentido da norma, fazendo com que dentre as interpretações que possam advir da análise do texto legal, a orientação adotada seja a que melhor coaduna o sentido da norma com

² Tradução livre: As sentenças interpretativas são emitidas na tentativa de salvar normas impugnadas, buscando o caminho de uma interpretação em conformidade com a constituição.

o conteúdo constitucional, “afastando hipóteses que conduzem a um resultado inconstitucional” (STRECK, 2013 p.605).

A interpretação conforme a constituição surge como um princípio interpretativo na medida em que operou-se expressiva mudança na forma pela qual o legislador produz o direito, passando-se a se valer de cláusulas gerais e conceitos abstratos, procurando contornar a incapacidade regulatória legislativa frente a novas situações que possam surgir.

As cláusulas gerais destinam-se a “permitir ao juiz considerar, circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos” (MARINONI, 2014 p.95), é uma forma de moldar o sentido da norma, considerando que no momento da aplicação e interpretação do direito inúmeras direções podem surgir, cabendo ao intérprete reconhecer a que melhor se conforma com a Constituição.

Essa técnica de interpretação acabou por “conferir maior espaço para a subjetividade do juiz, dando-lhe poder para elaborar a decisão ou a norma jurídica em face de particularidades do caso concreto ou de novas realidade” (MARINONI, 2014 p.95), permitindo dessa forma que o juiz influa diretamente na criação do direito.

Nota-se com isso que o método de interpretação conforme a Constituição transcende o texto da lei, considerando-se para isso a Constituição como uma “ordem de valores, cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o texto, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional” (CANOTILHO, 2013 p.1.023).

É importante frisar, que a busca pela resposta constitucionalmente adequada, não autoriza o aplicador do direito a atuar arbitrariamente, guiado tão somente pela sua subjetividade, devendo este atuar “com o aporte da razoabilidade e com o mínimo de correspondência verbal na letra da lei” (REIS, 2009 p.66). Neste sentido, não seria possível o aplicador do direito contrariar o sentido inequívoco da norma, porque estaria criando norma diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Além disso, a interpretação conforme não é utilizada apenas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, isso porque

No âmbito da interpretação conforme, a norma não é declarada inconstitucional, mas, sim, constitucional, sendo que esta continuará, após a declaração, carecendo de interpretação em suas outras aplicações, e os Tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição (STRECK, 2013 p.606).

Contudo, é no âmbito do controle concentrado que a modulação do sentido da norma ganha expressiva relevância, uma vez que as decisões prolatadas possuíram reflexos políticos e sociais não alcançados no juízo singular. O Supremo ainda vem se utilizando desta técnica para o aperfeiçoamento da legislação, prática assumida desde que as mudanças, pelas quais o Tribunal passou, alteraram a postura de seus membros.

Dessa forma, o mecanismo de interpretação conforme a Constituição pode se apresentar de duas formas: como postulado conformador quando da interpretação da legislação infraconstitucional, ou como mecanismo de controle de constitucionalidade.

A interpretação conforme à constituição, portanto, colabora com a construção judicial do direito, na medida em que permite ao intérprete exceder ou suprimir os limites objetivos do texto da lei, exercendo uma atividade de adaptação do sentido da normativo.

4.2 Declaração de Nulidade Parcial sem Redução de Texto

Com o mesmo objetivo conformador da interpretação conforme à constituição, a declaração de nulidade parcial é uma técnica de decisão judicial, que ocorre quando da análise da constitucionalidade de um dispositivo normativo o “enunciado do dispositivo impugnado é mantido, mas são excluídas as hipóteses de aplicação inconstitucionais” (CAMPOS, 2014 p.288).

No contexto das decisões interpretativas quando tratamos da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, estaremos do mesmo modo analisando uma decisão interpretativa de acolhimento. Isto porque

[...] as sentenças interpretativas de procedência são aquelas que sancionam com inconstitucionalidade parcial qualitativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos (inconstitucionalidade parcial quantitativa), mas a determinadas variantes interpretativas associadas a um ou a mais de um de seus enunciados normativos (RAMOS, L.O., 2010, p.214).

Na esteira do que foi dito, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, procurando ao máximo preservar o enunciado normativo, afasta determinadas hipóteses de aplicação da norma que a conduziriam à inconstitucionalidade.

Apesar de alguns autores equipararem a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial, em razão de em ambas as hipóteses manterem integralmente a redação do dispositivo analisado, em sua essência tratam-se de mecanismos distintos.

Ao pretender compatibilizar o sentido da norma com a Constituição, a interpretação conforme “se situa no âmbito da interpretação da lei enquanto que a nulidade parcial sem redução de texto se situa no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei” (MACIEL, 2008 p.71).

Assim, a interpretação conforme a Constituição acaba resultando em uma declaração de constitucionalidade do sentido apontado como adequado da norma, por outro lado, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto as incidências inconstitucionais do dispositivo são terminantemente afastadas, sem que o dispositivo sofra qualquer alteração formal (MACIEL, 2008 p.72).

A declaração de nulidade parcial sem redução de texto acentua a participação do Poder Judiciário na construção do direito ao permitir a interferência jurisdicional no conteúdo normativo a fim de se prestigiar os comandos constitucionais. E com isso, mais uma vez a passividade do aplicador do direito é questionada dando ensejo a postura ativista.

4.3 O Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional

Além de apresentar uma textura aberta que concede liberdade ao intérprete constitucional, a Constituição Federal é repleta de normas de eficácia limitada ou reduzida, que para sua execução necessitam da regulamentação legislativa. Na definição de José Afonso da Silva são normas em que “o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior” (2003, p.46).

Com isso, as omissões constitucionais pressupõe, de um lado, uma imposição constitucional prevista em uma norma de eficácia limitada, e, de outro, a omissão legislativa, que pode decorrer de diversos fatores, desde a falta de conveniência e interesse político até o verdadeiro descaso do legislador para com o texto constitucional. Então trata-se basicamente do descumprimento de uma imposição constitucional, no sentido de editar determinadas normas, e “tal omissão estará negando a qualidade superior da norma constitucional e, por isso, padecerá do vício de inconstitucionalidade” (CAMPOS, 2014 p.296).

Dito isso, podemos classificar as omissões legislativas em omissões totais e omissões parciais, “será total quando o legislador não tomar qualquer providência no sentido de concretizar a norma constitucional; ou será parcial se a medida tomada pelo Poder eleito for insuficiente para viabilizar o exercício do direito” (RAMOS, L.O., 2010, p.19).

Neste sentido, na omissão legislativa total o legislador não toma nenhuma providência para atender as exigências constitucionais, aqui há uma lacuna jurídica. Em contrapartida, a omissão legislativa parcial decorre da tentativa fracassada do legislador em atender a vontade constitucional.

Há ainda outra consideração importante a ser feita em relação às omissões legislativas: Em que momento a omissão legislativa passa a ser considerada inconstitucional? Essa questão se torna importante na medida em que “o juízo da inconstitucionalidade por omissão é sempre um juízo sobre o tempo útil, razoável e necessário para proceder à integração da normatividade constitucional” (PUCCINELLI, 2013 p.136).

Em vista disso, essa pergunta deve ser respondida levando-se em consideração que há normas que exigem que o legislador atue dentro de um espaço temporal estabelecido, e outras que não estabelecem prazo para o desenvolvimento legislativo. No primeiro caso a análise se torna simples, a inconstitucionalidade se configura com o decurso do prazo estabelecido, no entanto, quando a Constituição não define um prazo é preciso fazer uma ponderação do prazo que seria razoável para a adoção da imposição constitucional.

A análise temporal da omissão legislativa é ainda determinante na discussão acerca do Ativismo Judicial, uma vez que:

O transcurso de longo tempo de inércia legislativa se mostra decisivo para a atuação mais ativista do juiz constitucional na correção da omissão e minimiza críticas de ilegitimidade da postura de o juiz suprir diretamente a omissão legislativa insistente e duradoura (CAMPOS, 2014 p.296).

Portanto, quanto mais perdurar a inércia do Poder Legislativo em adotar as medidas normativas constitucionais essenciais, maior será a legitimidade depositada no Poder Judiciário quando do suprimento do déficit normativo legislativo.

Ao mesmo tempo que a Constituição Federal de 1988 trouxe normas cuja execução é condicionada a atuação legislativa, trouxe também mecanismos para garantir que seus mandamentos sejam concretizados, já que deixar ao bel-prazer do legislador a regulamentação constitucional inviabilizaria a concretização de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição prevê dois instrumentos judiciais de proteção contra as omissões legislativas, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

O controle de constitucionalidade pode se dar sobre a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, o controle de constitucionalidade por ação pressupõe a produção legislativa contrária aos comandos constitucionais, enquanto o controle de constitucionalidade por omissão, que aqui nos interessa, refere-se a inércia do legislador em atender as medidas normativas necessárias para a eficácia plena das normas constitucionais.

A ação de inconstitucionalidade por omissão é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, tem os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, e está prevista no §2º do artigo 103 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art.103, §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Pela dicção do texto constitucional podemos extrair que sendo verificada a evidente omissão inconstitucional por parte do legislador, o Poder Judiciário se limitará a notificar o poder competente para que realize a regulamentação necessária, “e isso significa dizer que a decisão prolatada em tais casos será meramente declaratória e nunca constitutiva” (PUCCINELLI, 2013 p.155).

Essa constatação parte da premissa de que o Poder Judiciário não é competente para criar a norma faltante ou suprir a lacuna legislativa existente, devendo advertir o poder competente para tanto. Mas se considerarmos que com o objetivo de conferir eficácia a norma constitucional o Poder Judiciário se restrinja a advertir o Poder inerte, sem nenhum tipo de sanção ou prazo para agir, não haveria muita utilidade na ação de inconstitucionalidade por omissão.

Diante desse impasse, há autores que sustentam que seria necessário em casos de controle de inconstitucionalidade por omissão conceder ao Supremo Tribunal Federal o poder para suprir a omissão por meio de disposição normativa temporária, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante (SILVA, 2003 p.48; PIOVESAN, 1995 p.127). No entanto, essa extensão dos poderes decisórios conferidos ao Supremo Tribunal Federal em tese só poderia advir de determinação constitucional, e por isso a Corte se limita a declarar a mora e dar ciência ao legislador.

Se com a ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão temos uma ação contida do Supremo Tribunal Federal, o mesmo não ocorre no mandado de injunção. O mandado de injunção é um mecanismo judicial que tem por

objetivo tornar viável o exercício de um direito fundamental, está previsto no inciso LXXI do artigo 5º, da Constituição Federal, com o seguinte enunciado:

Art.5º, LXXI - Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão é exercida pela via do controle concentrado, que suscita abstratamente a omissão inconstitucional, no mandado de injunção se analisa um caso em concreto, em que se pede a providência jurisdicional para que a fruição do direito não seja obstada pela lacuna normativa.

Fruto de uma Constituição extremamente garantista, o mandado de injunção busca a efetividade dos direitos constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, e tem como titular todo aquele que se considere titular de um direito cujo a fruição se torne inviável em razão da falta de norma regulamentadora, nesse caso a sentença concessiva terá como destinatário somente o impetrante.

A Constituição dispõe sobre as hipóteses em que poderá ser concedido o mandado de injunção, mas não determina como o Poder Judiciário deverá agir no sentido de viabilizar o exercício do direito pleiteado. O entendimento que prevalece atualmente é o de que o juiz ou Tribunal ao analisar o caso deve aplicar o direito diretamente ao caso concreto, removendo os obstáculos que possam impedir o exercício do direito pleiteado (RAMOS, L.O., 2010, p.27).

Essa abertura normativa transformou o mandado de injunção em um terreno fértil para o ativismo judicial, já que as formas pelas quais o Poder Judiciário pode se utilizar para viabilizar os direitos pleiteados não foram sequer limitadas, cabendo ao Judiciário ampliar seu poder decisório até os limites constitucionais para suprir a inércia legislativa, favorecendo desse modo surgimento de um outra espécie de sentença interpretativa, as chamadas decisões integrativas que “preenchem lacunas jurídicas para permitir a efetivação dos direitos fundamentais” (CAMBI, 2011 p.298).

Cumprе ressaltar por fim, que a ação de inconstitucionalidade por omissão não se confunde com o mandado de injunção, são mecanismos distintos, de procedibilidade e finalidades diversas. Apesar de ambos os instrumentos judiciais buscarem de certa maneira a efetivação de direitos, a ação de inconstitucionalidade por omissão visa obter a regulamentação prevista em uma norma constitucional, enquanto o mandado de injunção tem somente a finalidade de realizar concretamente o direito em favor do impetrante (SILVA, 2003 p.450).

Os instrumentos judiciais que visam suprir as lacunas normativas são manejados principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, e o ativismo judicial crescente em seus julgados decorre das diversas alterações institucionais pelas quais o Tribunal passou, e para mensurar a participação do Supremo na criação judicial do direito é preciso analisar suas particularidades.

5 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As discussões acerca do Ativismo Judicial ganham novos contornos quando voltamos nossa atenção para a atuação do Supremo Tribunal Federal, isso ocorre porque a justiça constitucional lida diretamente com uma Constituição de textura aberta e principiológica, que tem como objetivo a promoção e concretização de direitos fundamentais, e “sobretudo pelo fato de que exerce a função de intérprete final da Constituição, vinculando todo o Poder Público ao seu entendimento” (MAIA, 2014 p.84)

O Supremo Tribunal Federal foi criado e instituído como órgão de cúpula do Poder Judiciário pela primeira Constituição Republicana em 1824, com atribuições limitadas o Tribunal ainda buscava seu “papel institucional da República recém proclamada” (PAIXÃO, 2007 p.113).

Sem muita relevância política, os primeiros anos do Supremo Tribunal Federal foram marcados pela falta de autonomia e submissão ao Executivo. Porém, com o passar dos anos e com as reformas as quais o Poder Judiciário foi submetido o Supremo teve sua competência ampliada e pouco a pouco foi conquistando o espaço que lhe era reservado de guardião da Constituição.

“Representando a um só tempo, Tribunal de jurisdição ordinária e Corte Constitucional” (MACHADO J. 2018 p.58) o Supremo Tribunal Federal vem moldando sua competência por meio de sua própria atuação, e por ser responsável por exercer grande parte da função política do Poder Judiciário, a atuação do Supremo deve ser analisada minuciosamente uma vez que a relevância social e política de sua atuação desencadeia diversos questionamentos sobre sua postura ativista.

Portanto, o enfoque deste capítulo recai na atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a relevância social e política de suas decisões, buscando demonstrar o papel decisivo na construção de nosso ordenamento jurídico assumido por este órgão.

5.1 O Papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 não somente representou a redemocratização do Estado como também atribuiu um novo desenho institucional ao Supremo Tribunal Federal fortalecendo suas competências e ampliando seus instrumentos decisórios.

A ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal aliada à implementação de novos instrumentos de acesso ao Poder Judiciário, resultou em um aumento expressivo do número de processos julgados pelo Tribunal, que se empenha em conciliar sua competência originária com o papel de Corte Constitucional, pois como consequência o espaço para exercer a função política também foi ampliado (PAIXÃO, 2007 p.205).

Se por um lado a Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase político-institucional do Supremo Tribunal Federal, fortalecendo seus poderes decisórios, de outro

“[...] soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse papel político, de instancia de divisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais” (VERISSÍMO, 2008, p. 410).

A Constituição consagra expressamente o Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem constitucional, dando ao Tribunal a última palavra no controle das leis e atos normativos expedidos pelos demais poderes, aumentando consideravelmente sua importância em questões políticas.

Agora temos que transpor esse fato para o contexto brasileiro, em que a ordem jurídico-política é regulada por uma Constituição aberta e principiológica, que detém um amplo rol de direitos e garantias fundamentais e sociais, e que elevou ao patamar constitucional os mais diversos assuntos.

Com isso, o fortalecimento da jurisdição constitucional contemplado pela Constituição Federal de 1988, amplia e concentra os poderes decisórios

atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, conduzindo-o à posição de protagonista encarregado de atualizar permanentemente a Constituição (SOARES, 2014 p.69).

As transformações trazidas pela Constituição de 1988 refletem diretamente na atuação do Supremo, porque com o advento do modelo de Estado Constitucional, a Constituição passou a ser entendida de outra maneira, não se limitando a disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, mas estabelecendo limites para seu próprio conteúdo impondo deveres à atuação estatal (MAIA, 2014 p.84).

Temos assim, uma Constituição que condiciona a atuação dos demais poderes ao seu conteúdo, e um órgão responsável pelo controle e fiscalização da atuação dos demais poderes nos moldes constitucionais, se faz necessário agora analisar as formas pelas quais o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, desenvolve esse controle.

Por pressupor uma atuação proativa por parte do Judiciário, o Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal se manifesta precipuamente quando do exercício do controle realizado sobre as leis e atos normativos originados dos demais poderes.

Como já discutido anteriormente, mesmo estando previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição republicana, apenas com a Constituição Federal de 1988 as ações de controle de constitucionalidade ganham relevância, uma vez que “o controle de constitucionalidade é, sobretudo, um produto da democracia, e tende a expandir-se em compasso com sua ampliação” (BRANDÃO, 2013 p.33).

O regramento acerca do controle de constitucionalidade passou por diversas alterações até se apresentar como o conhecemos atualmente, e a alteração mais significativa se deu com a promulgação da “Constituição Cidadã”, que ao dispor sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação ou omissão, aumentou o rol dos legitimados para a interposição da demanda constitucional promovendo “a desmonopolização da iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade” (CAMPOS, 2014 p.233), isso porque, antes a titularidade para ingressar com tais ações pertencia exclusivamente ao Procurador Geral da República:

[...] o qual subordinado o Presidente da República e titular de discricionabilidade na escolha de quais temas deveria submeter ao Supremo, acabava moldando a agenda da Corte e restringindo o controle apenas aos temas interessantes ao Governo Federal (CAMPOS, 2014 p.233).

Dando sequência aos marcos do fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal por meio de medidas expansivas do controle de constitucionalidade, podemos citar a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 03/1993, e a regulamentação da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei nº 9.982/1999.

A Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993 foi responsável pela criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que teria a finalidade de resolver as controvérsias a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo, a fim de se estabelecer um entendimento homogêneo diante de possíveis divergências interpretativas.

A Lei nº 9.982 de 3 de novembro de 1999 tratou de regulamentar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que foi prevista inicialmente pela Constituição de 1988, mas que sem detalhar sua incidência e alcance deixou para o legislador infraconstitucional a liberdade de adequação desta ação.

Desse modo, o legislador ao traçar os contornos da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental optou por uma estratégia expansiva da jurisdição transferindo “para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via da construção jurisprudencial” (CAMPOS, 2014 p.236).

Esta breve análise é suficiente para demonstrar que as ações político-normativas inauguradas pela Constituição Federal de 1988 “promoveram significativa expansão do acesso ao Supremo, da força de suas decisões” (CAMPOS, 2014 p.236), e criou um ambiente fértil para o ativismo judicial. E com isso, direcionaremos o estudo para as formas pelas quais o Supremo participa do processo de criação do direito.

5.2 Decisões Paradigmáticas: A Criação Judicial

Como já mencionado anteriormente, nossa Constituição Federal é carregada de conceitos abstratos e princípios de alta carga valorativa, dando assim mais espaço para o desenvolvimento da criação judicial, e a forma como o Supremo Tribunal lida com o potencial normativo constitucional é o que define se a Corte é ativista.

O histórico do Supremo Tribunal Federal demonstra que sua postura ativista está contida em uma série de condutas hermenêuticas, que embasadas na efetividade e imediata aplicabilidade das normas constitucionais, estendem o poder decisório do Tribunal. Será, portanto, ativista

[...] toda decisão judicial expansiva dos significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de regular diretamente condutas concretas, excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático, criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos, não obstante esses princípios revelarem tão só os fins constitucionais relevantes a serem concretizados e não os meios concretos a serem empregados. O juiz constitucional ativista substitui o legislador na tarefa de definir esses meios, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário (CAMPOS, 2014 p.279).

Deve se ter em mente que o ativismo judicial não decorre da mera subjetividade do aplicador do direito, a expansão da atividade jurisdicional decorre primeiramente da necessidade social de evolução do sentido das normas, e aqui ainda são conjugados diversos fatores como a inércia do Poder Legislativo, o descrédito político, e a imagem construída do Poder Judiciário como órgão legitimado para concretizar as promessas constitucionais.

Diante disso, com o objetivo de demonstrar a participação do Supremo Tribunal Federal na criação judicial do direito, analisaremos decisões de grande repercussão, nas quais visando dar a solução constitucionalmente adequada ao caso o Tribunal avançou os limites do papel de legislador negativo.

Inicialmente, podemos citar o julgamento conjunto dos mandados de injunção 670, 708 e 712, que simbolizou a transformação do tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, passando a ser o principal

instrumento “para o suprimento das lacunas legislativas inconstitucionais por meio de normas com eficácia geral e abstrata, alcançando todos e vinculando tudo” (CAMPOS, 2014 p.).

Neste caso, o que estava em jogo era a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, diante da prolongada inércia do Poder Legislativo em atender a imposição constitucional do artigo 37, VII, da Constituição Federal, que condicionou o exercício do direito de greve dos servidores públicos à regulamentação legislativa.

O Supremo decidiu a questão estabelecendo que enquanto não fosse suprida a lacuna legislativa, a Lei 7.783/89 deveria ser aplicada. Diante da mora injustificada e inadmissível do legislador coube ao Poder Judiciário conferir eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos.

Aqui o ativismo judicial se revelou na medida em que o Supremo Tribunal Federal não se limitou a resolver os casos em concreto que guiavam a controvérsia, mas supriu a lacuna legislativa criando a norma faltante e concedendo eficácia *erga omnes* a decisão.

Outra decisão que assumiu grandes proporções foi a da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, em que o Supremo apreciou o questionamento da constitucionalidade dos dispositivos da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”.

O que se discutia era a competência do Conselho Nacional de Justiça para proibir a prática de nepotismo no Poder Judiciário, e o então Supremo decidiu não somente declarando a constitucionalidade da resolução, mas na mesma sessão de julgamento apreciou o Recurso Extraordinário nº. 579951, e estendeu a proibição do nepotismo para todos os níveis da federação.

O Supremo decidiu neste sentido sustentando que tal vedação decorreria da aplicação direta dos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa, previstos artigo 37, caput, da Constituição. Dessa forma, o ativismo judicial se propagou com a aplicação concreta de princípios abstratos “para regular

condutas não previamente conformadas pelo legislador ordinário” (CAMPOS, 2014 p.281).

A última decisão a ser analisada refere-se ao debate a respeito da união estável homoafetiva, tratada na ADI 2.177/DF e na ADPF 132/RJ, que resultou na equiparação jurídica entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva.

As duas ações foram recebidas juntamente por compreenderem o mesmo tema central, a ADI 2.177/DF “possuía a finalidade de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para fins de considerar juridicamente válidas as uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo”, enquanto a ADPF 132/RJ buscava a interpretação conforme dos dispositivos do Decreto-Lei 220/75 com “o intuito de expungir interpretação desfavorecedora da união estável de servidores homoafetivos, em comparação com direitos conferidos àqueles que eram detentores de união igualmente estável, porém de caráter heterossexual” (STRECK, 2018 p.116).

O Supremo ao proferir sua decisão aplicou diretamente os princípios constitucionais da isonomia, da igualdade e da dignidade da pessoa humana para proceder ao reconhecimento da liberdade sexual e a proteção das minorias, enfatizando a proibição de quaisquer formas de discriminação, impondo uma interpretação ampliada do conceito de família.

A questão da união homoafetiva é uma realidade social que precisava evoluir para os campos institucionais e jurídicos, mas teve seu desenvolvimento frustrado pela impossibilidade de consenso político e pelos custos políticos que o posicionamento poderia trazer, dessa forma, apenas o Supremo “reunia autoridade, disposição e independência política para conferir status de valor constitucional a esse particular avanço no ‘plano dos costumes’” (CAMPOS, 2014 p.286).

Neste caso vemos mais um exemplo em que “os princípios abstratos ganham concretude normativa no discurso do Supremo Tribunal Federal” (CAMPOS, 2014 p.281). O ativismo judicial dessa decisão se deu ao ponto do Tribunal suprir o silêncio do legislativo realizando um raciocínio estrutural para extrair regras do conteúdo constitucional, “dispensando qualquer enunciação constitucional expressa” (CAMPOS, 2014 p.282).

Em todas as decisões mencionadas fica claro que Supremo assumiu sem timidez o papel de legislador positivo, sendo chamado a ocupar o vácuo deixado pelos demais poderes, favorecendo o avanço institucional e político do Tribunal. É necessário ainda assinalar que decisão ativista não é o mesmo que decisão ilegítima, quando atua dentro dos moldes constitucionais o Supremo Tribunal Federal apenas cumpre a função que lhe foi reconhecida de “guardião” da Constituição.

5.3 O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo

As transformações históricas, institucionais e sociais examinadas até aqui propiciaram um ambiente em que as atitudes proativas por parte do Poder Judiciário passaram a ser encaradas como uma forma de manifestação do poder político inerente a função jurisdicional.

E assim ocorreu com o avanço da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal sobre questões sociais e políticas, e diante desse cenário questiona-se a legitimidade e os limites da atividade criativa judicial.

O principal questionamento levantado refere-se a legitimidade democrática da ação positiva do juiz, pois este estaria usurpando a função política dos poderes democraticamente eleitos. Para resolver essa questão é preciso analisar alguns pontos sobre a democracia representativa no cenário brasileiro.

Primeiramente, a democracia pressupõe o poder nas mãos da maioria, as funções estatais seriam atribuídas à representantes eleitos pelo povo, devendo sua atuação traduzir os anseios e expectativas daqueles que os elegeram. Com isso, os poderes representativos agem influenciados pelos interesses e pressões sociais, políticas, morais, religiosas, entre outras, o que resulta em uma atuação empenhada em obter os menores custos políticos possíveis, com o objetivo de se manter no poder e obter a aprovação social.

Neste cenário volátil guiado por interesses eminentemente políticos, temos uma sociedade em constante transformação, e o surgimento de questões delicadas que exigem um pronunciamento do poder público, que por sua vez, opta por se manter inerte para evitar possíveis desgastes políticos.

Com o tempo, este abismo entre a sociedade e os que deveriam representá-la resultou em um crescente descrédito político, que despontou em uma “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo” (CAMBI, 2011 p.248).

No meio a essa disfunção democrática, o Poder Judiciário emergiu como um poder responsável pelo cumprimento das promessas constitucionais negligenciadas pelos poderes públicos, operando-se uma verdadeira transposição de poder político ao Judiciário, transformando a “linguagem na qual são formuladas as reivindicações políticas” (GARAPON, 2001 p.48).

Essa expansão do Poder Judiciário não pode ser entendida como uma “transferência da soberania do povo para o juiz” (GARAPON, 2001 p.46), o que ocorre em verdade, é que a sociedade passou a depositar no Judiciário as expectativas de uma representatividade democrática direta, dessa forma

A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de toma-los ao pé da letra e de intima-los a respeitarem as promessas contidas na lei (GARAPON, 2001 p.48).

Apresentada uma pretensão a análise do Poder Judiciário, mesmo que seu resultado seja improcedente, o cidadão terá a garantia que seu caso será analisado e que ao final o pronunciamento jurisdicional será devidamente fundamentado, “o que por si só, já é melhor do que a indiferença e o descaso do Legislativo ou do Executivo” (CAMBI, 2011 p.247).

Essa conjugação de fatores deve ser considerada quando a legitimidade da postura ativa, ou ativista, do Supremo Tribunal Federal for questionada. O ativismo judicial não se trata meramente de uma postura ideológica de juízes que são levados a ampliar seus poderes decisórios subjetivamente, é resultado da construção estrutural da ordem jurídica, que exige por vezes que o Judiciário atue positivamente.

Neste sentido Antoine Garapon afirma que o ativismo judicial “não se trata da ação esporádica de alguns juízes desmiolados que querem brigar com o poder

político, mas de uma evolução de expectativas quanto a responsabilidade política” (2001, p.246).

Por fim, é necessário ressaltar que o ativismo judicial e o novo desenho institucional do Poder Judiciário não substitui a necessidade de uma reforma política, mas também não deve ser tratado como uma ofensa aos valores democráticos. A atividade jurisdicional direcionada a concretização e a proteção dos direitos fundamentais exige uma postura ativa e criativa para que se faça prevalecer a supremacia constitucional.

CONCLUSÃO

As discussões sobre o ativismo judicial transcendem o questionamento acerca de sua legitimidade democrática na medida em que ao analisar suas causas esbarramos em elementos estruturais da sistemática jurídica, e em justificativas sociais e políticas de sua manifestação.

A análise, portanto, não deve ser realizada de forma limitada, todos os fatores que possam de alguma forma favorecer a atividade proativa por parte do Poder Judiciário devem ser considerados para se obter um contexto completo acerca de tal fenômeno.

Diante disso, ao final da análise do segundo capítulo foi possível concluir que o ativismo judicial se constitui em um fenômeno pelo qual se promove a expansão da atuação jurisdicional, e que sua difusão no cenário jurídico brasileiro decorre de fatores específicos que favoreceram a abertura institucional do Poder Judiciário, fazendo com que fosse transferida para tal poder as tensões políticas resultantes do vácuo deixado pelos poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, não só as tensões políticas foram transferidas para o Poder Judiciário, como também o poder de decisório sobre questões de relevância social e política, o que acabou por desencadear diversas críticas, apontando a usurpação do poder de legislar pelo Judiciário. Essa problemática foi examinada e superada no terceiro capítulo, que evidenciou a existência de um equívoco quanto a análise da teoria da separação dos poderes, dessa forma constatou-se que a separação dos poderes não se prescreve o exercício isolado das funções estatais, e sim o exercício compartilhado e harmônico de funções e competências, admitindo assim a interferência recíproca entre os poderes.

No quarto capítulo, a incidência do ativismo judicial como forma de criação judicial do direito foi trabalhada através das chamadas decisões interpretativas, que são aquelas que exigem do julgador uma conduta que supere a ideia de “legislador negativo”. Neste sentido, como forma de diminuir a distância entre a constituição e as transformações sociais, a postura do juiz se dirige a adequar os dispositivos normativos á realidade em que está inserida. E, com isso, foi possível

observar que o ativismo se manifesta na construção judicial do direito na medida em que a interferência judicial é ampliada para prestigiar os comandos constitucionais.

Por fim, o capítulo quinto tratou de introduzir a discussão sobre o ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal, onde verificou-se que a expansão do poder decisório do Supremo é consequência das diversas alterações institucionais pelas quais o Tribunal passou desde a promulgação da Constituição de 1988. Essas alterações ainda abriram as portas do Supremo para a apreciação de questões políticas, sociais e morais, nas quais o Tribunal não se esquivou de se pronunciar ativamente, adequando ou invalidando atos normativos incompatíveis a Constituição.

A partir dessas reflexões é possível concluir que o ativismo judicial não deve de plano, ser considerado um problema, dentro dos parâmetros constitucionais a ampliação da atuação jurisdicional acaba por aperfeiçoar o exercício da própria jurisdição. Permitir a atuação proativa do juiz ou Tribunal não é permitir que a função jurisdicional seja exercida sem qualquer imposição ou limite, todo e qualquer pronunciamento judicial deve ser devidamente fundamentado e pautado na legalidade. Além disso, o ativismo se manifesta em meio a necessidade social frente à ausência estatal, o Judiciário se tornou um órgão de viabilização compulsórias das promessas constitucionais. Portanto, enquanto essa ampliação for norteada pelos valores constitucionais não há o que se falar em ameaça democrática ou ilegitimidade da atuação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Madrid: Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, 2009.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Brasília: Revista Jurídica da Presidência, 2010.

BERCHOLC, Jorge O. **Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad: su utilización por el Tribunal Constitucional de España**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 31-48, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p31.pdf>. Acesso em: 12 de Out. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 251-290, mai. 2013. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>>. Acesso em: 06 Out. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 383p.

CANOTILHO, J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª edição. Saraiva, 2013

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1993. 134 p.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2017.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2001-2002.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo de Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>. Acesso em 06 mai. 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 270 p.

GOMES, Emílio Thiago de Carvalho. **A atuação do Supremo Tribunal Federal e a judicialização do cotidiano: entre a eficiência e a revisão da resposta**. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2014.

FERRAZ JUNIOR, T. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. Revista USP, n. 21, p. 12-21, 30 maio 1994.

LAURIS, Élida. **Entre a neutralidade política e a responsabilidade social: os dilemas de afirmação da independência judicial no Estado Moderno**. Meritum, Vol. 6, 2, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1994. 318 p.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. 174 p.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2008, 120p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

MACIEL, Silvio Luiz. **Interpretação conforme a Constituição**. 2008. 176 p. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompensa dos sistema processual da corte suprema**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 284p.

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos** 48 f. Monografia (Especialização) - Curso de Política

e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor).

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 9ª edição. Saraiva, 11/2007

MORAIS, Dalton Santos. **A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico constitucionais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15073>.

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal**. 258 p. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do estado legislador**. 2 ed. São Paulo, Saraiva 2013

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.

RAMOS, Luciana de Oliveira. **O Controle de Constitucionalidade por Omissão no Supremo Tribunal Federal: Análise dos casos de omissão legislativa nos vinte e um anos da Constituição**. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2010.

REIS, Maurício Martins. **A legitimação do Estado democrático de direito para além da decretação de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à Constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito**. 299 p. Tese (Doutorado), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, Rio Grande do Sul, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2006.

_____. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, v.2 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Ana Cristina Costa. **O Problema da Autonomia do Supremo Tribunal Federal: Tribunal Desconhecido ou Monarca Absoluto?** 2014. 236 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 974 p.

_____. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos - Uma Radiografia do STF**. Forense, 2018. 316 p.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. 2013. 141 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O Protagonismo Judicial e a Ilegitimidade Democrática da Judicialização da Política**. 2011. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, 2011.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.